

Familienrecht

— Darstellung des deutschen Familienrechts

mit rechtsvergleichenden Hinweisen —

von

Hans Dölle

<Verlag C.F. Müller, Bd.I 1964, Bd.II 1965>

獨逸民法典이 制定된 이래 親族法分野에 있어서 改正된 것이 적지 않았다는 것은 周知의 事實이나, 第二次大戰 후만 하더라도 獨逸親族法은 몇 차례의 變貌를 겪었다. 즉 西獨의 경우, 우선 1946년에는 Deutsche Nationalsozialismus에 극단하게 충신했던 것으로서 너무나 유명한 1938年の Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Eheschließung im Lande Österreich und im übrigen Rechtsgebiet가 Gesetz Nr. 16 des Kontrollrates (Ehegesetz)로서 대폭 修正되었고, 1957년에는 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland에 의해서 Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz)의 制定을 보게 되어 親族法이 全面的으로 改正되었으며, 뒤이어 1961년에는 Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz)에 의해서 다시 상당한 수의 條文들이 修正되게 되었다. 물론 이 밖에도 特別法이 많이 나타났다⁽¹⁾. 그동안 獨逸에 있어서 親族法의 個別的 分野에 관해서는 주목할만한 論文들이 해아릴 수 없으리만큼 發表되어 온 반면, 全分野에 걸친 綜合的單行本으로서는 겨우 몇 권의 註釋書나 간결한 講義書⁽²⁾가 나온데 지나지 않았는 事情도 곧 大戰 후의 무상히 變改되어 온 現行法規의 體系의理論展開에 대한 學界의 苦惱相을 雄辯하는 것이 아닌가 싶다. 그러나 이러한 事態도 時限이 있는듯 1964년에

(1) Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrates nach der Scheidung (Sechste DVO zum Ehegesetz) vom 21. 10. 1944; Verordnung des Zentraljustizamts für die Britische Zone zur Ausführung des Ehegesetzes vom 20. 2. 1946 (Kontrollratsgesetz Nr. 16) vom 12. 7. 1948; Gesetz über die Anerkennung freier Ehen rassisch und politisch Verfolgter vom 23. 6. 1950; Gesetz über die Anerkennung von Nottrauungen vom 2. 12. 1950; Gesetz über die Rechtswirkungen des Ausspruchs einer nachträglichen Eheschließung vom 29. 3. 1951.

(2) 주된 것을 들면 Lehmann, Deutsches Familienrecht 1925, 1. Aufl., 1960, 3. Aufl.; Hoffmann-Stephan, Ehegesetz 1950; Maßfeller, Das neue Familienrecht 1951; Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz 1958; Beitzke, Familienrecht 1961, 1. Aufl., 1965, 13. Aufl.; Müller-Freienfels, Ehe und Recht 1962; Göppinger, Beschränkungen der elterlichen Gewalt 1964.

이르러서는 드디어 두 권의 大著가 公刊되었다. 하나는 本誌에 紹介하려는 Dölle 教授의 Familienrecht 고 또 하나는 Gernhuber 教授의 Lehrbuch des Familienrechts 가 그것들이다. 獨逸法學界에 있어서의 이러한 綜合的·本格的인 親族法學書의 出現은 筆者가 알기로는 1931年 Kipp-Wolff 兩教授의 Lehrbuch des Familienrechts 第七版 이래 처음으로 볼 수 있는 일이다. 특히 Dölle 教授의 著書는 第一卷이 1036面, 第二卷이 1047面에 이르는 類例없이 龐大한 것으로서 그 出刊 후 親族法學者는 물론 比較法學者들에 의해서 獨逸國內에서 뿐만 아니라 世界的으로 그의 功績이 높이 評價되고 있는 바이다. 筆者가 Dölle 教授와 처음 만나 그리고 本書에 관해서 이야기를 들은 것이 本書出刊 바로 뒤인 1964年 11月末이었는데 지금도 당시의 自信에 충만한 教授의 語調가 그의 巨驅와 더불어 印象깊게 남아 있다.

本書의 序言에서도 밝히고 있는 바와 같이 Dölle 教授는 本書의 出刊 數年 앞서 이미 獨逸 親族法에 관한 講義書의 原稿를 脫稿했던 것이었으나 그 著述이 오늘날의 親族法的諸問題를 糾明하는데 불충분하다는 것을 느껴 그러한 要求를 채우기 위해서 本書를 再執筆하였다 고 한다. 本書는 教授가 Hamburg의 Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht의 研究員 17名의 研究上的 協助를 받아 公刊된 것이다.

우선 本書의 方法論的基礎에 관해서 教授는 그 序論에서 다음과 같이 말하고 있다. 즉 그 基礎는 實際問題에 대한 合理的인 再檢討의 效果를 하나의 Dogmatik로 발전시키는 한편 그것을 公平性과 目的性的 要求에 적응시키고자 하는데 있다고 한다. 이러한 執筆의 方法과 目的은 과연 本書의 많은 부분에서 충분히 느낄 수가 있다. 教授의 이러한 姿勢에 의한 理論展開의 成果는 그의 독특한 學理에 대한 高度의 責任意識과 확고한 法律政策的批判으로서 나타나고, 本書에 대한 獨逸法學界의 反響에 의하면 教授의 명석하고도 빈틈없는 理論體系는 오늘날 수 개의 政黨에 의해서 끊임없이 推進되고 있는 獨逸親族法이 있어야 할 方向과 그 具體的內容에 관한 어느 研究와 意見보다 社會的要請에 答하려고 힘썼고 또한 事實上 그러한 要請에 答할 수 있는 것이라고 指摘되고 있다⁽³⁾. 따라서 西獨基本法이나 그 밖의 特別法과의 관련 아래 이루어진 本書의 치밀하고도 정연한 說述은 현재 獨逸의 法界와 政界에서 論議의 對象이 되고 있는 親族法改正을 위해서 하나의 중요한 路잡이가 될 것을 의심하지 않는다. 또한 本書의 副題目이 뜻하는 바와 같은 比較法的考究는 各國의 親族法을 거의 망라한 것으로 그야말로 「世界親族法の 釋書」라는 느낌마저 준다. 婚姻法(Eherecht)에 관한 부분을 보더라도 例컨대 醫學的觀點에 입각한 婚姻締結의 困難性(S. 95 ff.), 姦通으로 인한 婚姻障礙(S. 129f.), 再婚을 위한 寡居期間(S. 135 ff.), 婚姻能力(S. 166 ff.), 民事婚과 教會婚과의 관련(S. 185 ff.), 婚姻無效(S. 259 ff., 276 f., 285 ff., 306), 婚姻取消(S. 311 ff., 334 ff., 338f., 345 ff.), 離婚(S. 490 ff., 576, 582 Fußn. 94), 離婚의 效果(S. 588 f., 596 f.)

(3) Bosch, Der heutige Stand der Familienrechtswissenschaft, FamRZ 1965, S.169.

別居(S. 650 ff.), 婚姻의 身分上 效果(S. 385 ff., 407 ff.), 既婚女의 姓(S. 463 ff.), 夫婦 사이의 扶養(S. 449 ff.), 그리고 夫婦財産制(S. 1024 ff.) 등 여러 문제에 걸쳐 各國의 最新立法의 比較研究를 위해서 놀랄만한 精力을 기울인 事實이 역연하다⁽⁴⁾.

國際親族法에 관해서는 대체로 論及되지 않고 있는 것이 아쉽지만 婚姻締結(Eheschließung)의 부분에 있어서는 例外的으로 상세한 理論을 展開하고 있는 것이 주목된다(S. 224 ff.). 그것은 오늘날 歐洲社會에 있어서 國際婚姻의 수가 급격히 增加되고 있고 특히 西獨에서는 希·伊·西·土를 주로 해서 그 밖에도 世界各國에서 약 150 萬名의 外來勞働者(Gastarbeiter)가 와 있으며 따라서 그들 가운데는 內國人과 結婚하는 者들이 많고 또한 그러한 國際婚姻의 成立에 관해서 立法例의 差異로 말미암은 法適用上의 難點이 많이 일어나고 있다는 實際上의 需要를 고려한 것일 것이다. 그리고 本書는 大戰을 前後한 重要한 判例와 論文들을 章마다 거의 남김없이 紹介하고 있을 뿐만 아니라 理解에 도움을 주기 위해서 풍부한 例示를 들고 있다. 특히 西獨最高法院(Bundesgerichtshof)判例에 관해서 贊反問에 적당한 量의 評釋을 잊지 않고 있는 점은 獨逸親族法의 理論과 實際를 一目瞭然하게 알 수 있게 한다.

다음에 個別的으로 다른 著書들과 比較해서 다른 學者들에 의한 意見과 理論構成이 현저하게 다른 점 또는 다른 學者들이 論及한 바 없는 부분이 本書에서는 어떻게 다루어지고 있는가를 보기로 한다. 이것들은 곧 獨逸親族法의 가장 根本的인 問題點이기도 하다.

(a) 教授는 一般論으로서 親族法의 概念과 本質을 파악하는데 있어서 社會的·慣習的現象으로서의 家族에서 출발해서 人格과 財産이 近代家族의 支柱가 되는 것이라고 한다. 한편 法制上으로는 언제나 親族法上의 課題가 憲法과의 관련 아래 고찰되어야 한다고 주장한다. (§§ 1—4). 그리하여 教授는 現行親族法의 立法精神을 分析하고(S. 7 f.), 親族法適用의 基本態度를 설명하며(S. 10—12) 나아가서는 小家族制度의 徹底化를 내다 보면서 未成年者保護에 대한 國家의 扶養의 實을 거두기 위해서는 現行法이 한층 活用되어야 한다고 한다. 이와 더불어 家族 사이의 法律問題에 관한 信義誠實의 原理(Grundsatz von Treu und Glauben)의 適用의 意義를 詳論하고 있다.

(b) 教授는 親族法研究를 위한 社會學的接近을 다음과 같이 強調한다. 즉 지난 世紀에 있어서 親族法과 그 發展 및 解釋은 社會的環境에 의해서 심각하게 영향을 받아 왔다. 婦女子의 社會的地位는 오늘날 社會에 있어서 지난 몇 世紀보다 또 다른 면을 보였으며 우리 時代의 典型的인 表象으로서의 小家族化도 역시 그러한 列에 속하는 것이다. 그러므로 親族法의 立法과 解釋·適用을 위해서 家族의 社會的構造에 관한 知識이 특수한 의미를 가지게

(4) 比較親族法에 관해서는 Boschan, Europäisches Familienrecht 1963, 3. Aufl. 가 있으나 註釋이 지나치게 간결하다.

되며 親族法學은 家族社會學의 基礎研究를 必然的으로 要請하게 된다(S. 17 f.).

(c) 教授는 男女同權原理(Gleichberechtigungsgrundsatz)에 관해서, 그것은 親族立法과 그 適用에 있어서 충분히 反映되어야 하는 것이라고 前提해서 同權原理가 직접으로 의미하는 바를 일정한 公式으로서 생각할 것이 아니라 具體의生活關係나 蓋然의理解와 男女同權의 法律的·社會的의要請에 대한 沿革의인 考察을 결코 無視해서는 안된다고 한다(S. 24—32). 특히 그 解釋에 있어서는 萬人平等을 宜明한 基本法第3條第2項의 規定과 婚姻 및 家族의 保護를 약속한 同法第6條第1項의 精神을 잊어서는 안될 것이라 하고 男女同權에 관한 歷史的考察에 있어서는 實際社會의 婦女子의 社會的·精神의地位를 날카롭게 檢討하고 있다.

(d) 教授는 基本法第6條第1項의 規定趣旨에 관해서 本條는 一般的制度로서의 婚姻에 대한 保護 뿐만 아니라 個別的인 婚姻에 대한 具體的保護까지도 規定한 것으로 본다. 그는 그러나 法律에 의해서 일정한 原因을 設定해서 離婚의 可能性을 인정하였다 하더라도 그것이 곧 婚姻과 家族의 保護에 관한 憲法精神과 衝突하는 것이라고는 할 수 없다고 하며, 나아가서는 어떠한 方向에 따른 離婚法(Scheidungsrecht)의 變更도 基本法에 의해서 阻止될 수 없다고 論述하였으나, 다만 協議離婚(einverständliche Scheidung)이나 一方의婚姻解消(einseitige Auflösung der Ehe)만은 憲法的 保障에 違反되는 것이기 때문에 許容될 수 없다고 주장한 바 있다(S. 35). 또한 그는 義務的民事婚姻儀式(obligatorische Ziviltrauung)은 憲法的保護와 관련되는 婚姻關係規定에 속하는 것은 아니라고 하면서 한편으로는 義務的民事婚(obligatorische Zivilehe)의 必要性을 指摘한 것이 주목된다(S. 87 ff.).

(e) 教授는 婚姻締結을 目的으로 하는 成年宣告(Volljährigkeitserklärung)에 관해서 다음과 같이 설명하고 있다. 즉 무엇보다도 成年宣告請求者가 實質的으로 婚姻締結을 위해서 필요한 精神的成熟을 갖추고 있어야 할 것이며, 「婚姻締結로 말미암아 妊婦로 하여금 榮光을 느끼게 하는」 따위와 같은 男性의 어떤 慣習上의 義務感을 주는 것만으로써는 許容될 수 없다. 또한 成年宣告가 請求者로 하여금 하나의 慣習上의 義務遂行을 可能하게 하고 그것으로 말미암아 婚姻의 本質을 誤解하게 하며, 특히 靑少年의 過失에 대한 贖罪라는 의미로서의 婚姻을 성립시켜서는 안된다. 獨逸民法第5條의 意義와 目的이 이러한 곳에 있는 것은 아니다(S. 163). 이러한 의미에서 본다면 後見裁判官(Vormundschaftsrichter)의 判決上 自由裁量(Ermessensfreiheit bei der Entscheidung)은 인정되지 않는다고 하여야 한다(S. 165).

(f) 教授는 婚姻妨害排除의 訴(Klage auf Unterlassung von Ehestörungen)와 損害賠償에 관한 문제에 대해서 各國의 立法例와 學說·判例에 의거해서 많은 示唆를 주었고(S. 385—391), 婚姻妨害第三者에 대한 損害賠償請求에 관해서 否定的인 것은 아니나 消極的인 態度를 보인 最高法院判例에 대해서는 신란하게 批判한다. 그리고 婚姻法第58條 이하의 離婚 후의 扶養(Unterhalt)에 관한 規定은 終局的·確定的인 것이라고 하고 있다(S. 384).

(g) 教授는 世帶의 管理(Leitung des Haushalts)와 協同의 義務(Pflicht zur Mitarbeit)에 관한 民法第1356條를 喪失된 勞務로 말미암은 損害賠償請求(Ersatzansprüche wegen entgangener Dienste)에 관한 同法第845條와 관련시켜 그 適用效果上의 문제를 註釋의 으로 다루었는데, 그것은 이미 妻의 一方的인 義務가 아니고 따라서 夫의 家事處理에 대해서 妻가 奉仕할 義務만을 規定한 것은 不當하다고 주장한다(S. 416 f.). 그러나 1960年 이래 이에 관한 最高法院의 중요한 判例⁽⁵⁾가 있는데도 불구하고 여기서 다루어지고 있지 않은 것은 아쉬운 일이다.

(h) 教授는 많은 學者들의 意見⁽⁶⁾에 반해서 婚姻 및 家族의 姓(Ehe- und Familienname)에 관한 民法第1355條에 대해서 상당한 理由를 들어 그 合憲性을 肯定한 것이 주목된다(S. 459 f.).

(i) 教授는 특히 離婚法(Scheidungsrecht)上的 家財의 分割·扶養問題 등 離婚의 效果에 관한 설명을 위해서 많은 紙面을 充당하였으며(S. 476—655) 한편 그 節次法上的 문제까지도 상세하게 다룬 바 있다(S. 283 ff.). 그는 家庭共同體의 廢棄(Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft)에 관한 婚姻法第48條第2項의 解釋에 관해서 本條를 擴大解釋한 바 있는 1962年의 最高法院判例를 引用해서 그것을 支持하였을 뿐만 아니라(S. 534, 538 ff.) 나아가서 本條의 適用上의 難點을 분석하고 性格上 本條는 實體法的인 것이 아니고 節次法的인 것이라고 주장한다.

(j) 教授는 夫婦財產法(Ehegüterrecht)을 다루는데 있어서 各國의 夫婦財產制度를 남김없이 紹介하는 동시에 그 沿革的인 發展過程을 상세하게 관찰하고 있다(S. 1024 ff.). 獨逸親族法上的 附加利得共同制(Zugewinnngemeinschaft)에 관해서는 그것이 새로 採取된 制度만큼 풍부한 例示로써 實際的理解에 도움이 되게 하였다(S. 954 ff.). 그는 이 制度의 意義를 다음과 같이 설명한다. 즉 附加利得制는 別產制를 바탕으로 하면서도 婚姻解消時에 附加利得을 分配하고자 하는 점에 있어서 共同制의 觀念을 지니고 있으며, 더욱이 家族共同體의 經濟的基盤을 지키고 또한 分配請求權을 保全하기 위해서 配偶者 各자의 處分權을 어느 정도 制限하는 것이다. 결국 附加利得制는 配偶者의 財產上 獨立을 존중하는 동시에 家庭婦人으로서의 妻의 利益을 지킬 것을 目的으로 하는 制度이다. 筆者가 보기로는 要컨대 이 制度는 獨逸的·機能的男女同權觀에 입각한 것이라고 하고 싶다.

(k) 教授는 한편 死亡時의 附加利得의 清算(Ausgleich des Zugewinns in Todesfall)에 관한 民法第1371條에 관해서 그 理論的矛盾을 指摘한다(S. 13, 778 ff.). 즉 例컨대 夫婦財產制

(5) BGHZ 38, S. 55=FamRZ 1962, S. 463=JR 1964, S.424.

(6) 例컨대 Gornhuber, Lehrbuch des Familienrechts 1964, S. 132—134; Scheffer, DRiZ 1953, S. 88.

가 配偶者 一方의 死亡으로 말이암아 終了하는 경우에 生存配偶者의 法定相續分을 相續財産의 4分之 1로 引上해서 附加利得의 清算을 하고 個別的인 경우에 夫婦가 附加利得을 얻었는가 어떤가에 관해서 문제삼지 않는다면 相續法上的의 規定과 관련해서 理論上 不當할 뿐만 아니라 衡平의 觀念上으로도 贊成할 수 없는 것이라고 한다.

〔後記〕本書第一卷에는 第一章 序論(Einleitung), 第二章 婚姻法(Das Eherecht)이, 第二卷에는 第三章 (狹義의) 親族法(Das Verwandtschaftsrecht), 第四章 親子法(Das Kindschaftsrecht), 第五章 後見法(Das Vormundschaftsrecht)이 각각 叙述되어 있으나 第二卷을 아직 讀了하지 못했다. 때문에 本誌에서는 우선 第一卷의 紹介에 그치고 第二卷에 관해서는 다음 機會에 미루기로 한다.

〈金 容 漢 建國大教授·서울法大講師〉